keine Amortisation desselben erfolgt ist, so ist die dem früheren Inhaber geleistete Zahlung ganz so zu betrachten, als wäre sie dem Inhaber nur für seine Person, nicht für den Bestand des Innegehabten gegeben. Dagegen muß natürlich die an den jeweiligen Inhaber erfolgte Zahlung, selbst wenn sie auch ohne Vermerk auf dem Papier erfolgte, dessen Forderungsrecht aus dem Papier aufheben. Denn sonst würde ja das Papier, was allerdings Bekker behauptet, selbst Subject der Forderung sein. Nach unserer Ansicht ist aber der Inhaber gewöhnlich selbst Subject der Forderung, folglich muß die ihm geleistete Zahlung für seine Person sein Forderungsrecht aus dem Inhaberpapier aufheben.

XI.

Die freie Prüfung des Zeugenbeweises.

Von

Herrn W. Endemann,
Obergerichtsassessor zu Fulda.

Unter den eigentlichen Beweismittel läßt sich die Nutzlosigkeit oder der Nachtheil gesetzlicher Beweisregeln*) am leichtesten an den Zeugen darstellen. Nirgends kommen die allgemeingültigen Regeln über die völlige oder theilweise Unglaubwürdigkeit von

---

heben, wenn sie nicht auf dem Papier selbst vermerkt ist, denn der Empfänger der Zahlung hat sie dann auf seinen eigenen Namen für seine besondere Rechtspersönlichkeit erhalten. Er kann allerdings als unbenannter Inhaber sie nicht noch einmal erlangen, weil der Schuldner nachzuweisen vermag, daß der unbenannte Inhaber und der benannte Zahlungsempfänger ein und dieselbe Person sind. Da der Inhaber als solcher an und für sich noch Gläubiger bleibt, so kann er die Obligation gültig auf einen Dritten noch übertragen. Dieser kann nun die Zahlung mit Grund verlangen, weil bei ihm ein solcher Identitätsbeweis unmöglich ist.

93) Bekker nimmt daher an ganz allgemein, daß eine auf dem Papier nicht vermerkte Zahlung das Forderungsrecht nicht aufhebt, a. a. O. S. 400.

*) Im Anschluß an die Ausführungen Bd. 41. Nro. IV. u. XI.

Auskunftspersonen, über deren Zahl und Beeidigung, über die innere Beschaffenheit der Aussage sichtlicher in Konflikt mit der Wahrheit, als hier. An den Zeugenbeweis wird zu allererst gedacht, wenn sich der Praktiker Erfahrungen über die Unausführbarkeit der juristischen Lehrsätze des Beweises vergegenwärtigen will, oder wenn die Gestattung freien Ermessens empfohlen werden soll. Gerade in diesem Zweig des Beweiswesens zeigen sich die Erfolge des von den juristischen Regeln befreiten Strafprozesses am offenbarsten. Es kostet keine große Ueberwindung mehr, den Zeugenbeweis nach logischer Ueberzeugung zu beurtheilen, selbst wenn man, wie es die Beobachtung in den Strafgerichten nicht selten lehrt, trotz der völligen Freiheit an andern Punkten, z. B. an dem absoluten Werth der öffentlichen Urkunde, aus Gewohnheit oder Irrthum festhält. Die Aufhebung der das Zeugniß betreffenden Beweisbeschränkungen wird selbst von denen befürwortet, welchen die Abschaffung jeder juristischen Beweisnorm in der Lehre von den Urkunden, dem Eingeständniß oder Eid sehr bedenklich scheint.

Ich habe bereits früher darauf hingewiesen [1], daß die römischen und kanonischen Gesetzesstellen, welche die Grundlage der positiven Beweistheorie bilden, ihrer Entstehung und ihrer inneren Bedeutung nach dazu wenig geeignet waren. Es ist hier nicht der Ort, die Entwicklung der Lehre historisch zu verfolgen. Vielmehr darf ich mich darauf beschränken, vom Standpunkt der heutigen Praxis aus die Verbesserungen der Zeugenbeweislehre, welche die Natur der Sache und das freie Urtheil verlangen, kurz anzudeuten.

I. Die logische Beweisführung forbert die **Beseitigung aller und jeder Unzulässigkeits- oder Unglaubwürdigkeitsgründe.**

Das heißt nicht etwa, daß jedem Zeugen geglaubt, oder auch nur, daß Jeder als Zeuge zugelassen werden muß; sondern nur, daß nicht nach abstrakten juristischen Formeln über die Zulassung oder die Glaubhaftigkeit entschieden werden soll. Der Richter soll daher, was insbesondere die Zulassung zu dem Zeugniß betrifft,

1) Archiv Bd. 41. S. 101 fg.

nicht deshalb, weil eine allgemeine Vorschrift unwahrerweise gewisse Kategorien von Personen für untaugliche Auskunftsmittel erklärt, sondern nur deshalb, weil er nach verständiger Einsicht von der benannten Person sich keinerlei Ueberzeugung versprechen kann, dieselbe von vorn herein verwerfen. Dieses Recht kann die freie Beweisprüfung nicht aufheben. Allein es liegt auf der Hand, daß durch die Verweisung des Richters auf sein konkretes Ermessen die größte Beschränkung der gänzlichen Inhabilität oder Unzulässigkeit herbeigeführt wird. Welcher verständige Urtheiler wird in den meisten Fällen, bevor er den Zeugen gesehen und gehört hat, im Voraus den kecken Spruch wagen, daß dieser Zeuge keinenfalls für die natürliche Ueberzeugung erheblich sein könne? Dies wäre allenfalls nur da möglich, wo dem Gerichte bereits die volle Kenntniß der allen Glauben verscheuchenden Individualität innewohnt.

Mithin wird sich als Folgesatz der freien Beweisführung ergeben, daß im Zweifel jeder Mensch als Zeuge wenigstens zuzulassen und zu hören ist; ein Satz, der sich selbst innerhalb der gesetzlichen Beweistheorie, so weit es irgend die hergebrachten doktrinellen Bestimmungen gestatten, oder auch wo sie dies eigentlich nicht gestatten, so festgesetzt hat, das derselbe keiner weiteren Ausführung bedarf. Der Zeuge muß wenigstens gehört werden; erst die Aussage gibt den besten Aufschluß darüber, ob er Wahrheit bringt, oder nicht. Es schadet keinenfalls, den Zeugen wenigstens zu vernehmen. Das sind Rücksichten, welche die verständige Praxis tagtäglich wider manche früher streng gehandhabte Verwerfung der Zeugen ohne Gehör geltend macht[2].

Den besten Beleg ihrer Irrigkeit stellt sich die gesetzliche Lehre da aus, wo sie, obwohl an der Lehre von der völligen Verwerflichkeit gewisser Zeugen vor der Abhörung festhaltend, einräumt, daß solchen Personen, wenn sie dennoch abgehört worden sind, immerhin einiger Glaube beigemessen werden darf[3]. Dies wäre

---

2) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 12. Nro. 204. cf. übrigens schon Menoch. de arb. jud. lib. II. cas. 339. Mascard. de prob. concl. 695.

3) So nach der kurhessischen Praxis. Strippelmann, Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen. Bd. 7. S. 584. — Hier ist es natürlich kon-

unmöglich, wenn die völlige Unzulässigkeit an sich eine berechtigte wäre.

Eine weitere Klippe der Unzulässigkeitslehre bietet die Verhandlungsmaxime dar. Wo diese konsequent durchgeführt wird, darf der Richter keinen Unzulässigkeitsgrund berücksichtigen, der nicht von den Parteien vorgeschützt worden ist. Die Verwerfung eines Zeugen vor der Vernehmung würde also stets voraussetzen, daß über die Unzulässigkeit unter den Parteien verhandelt worden ist. Zu welchen Extremen es aber, abgesehen von den Weitläufigkeiten des Verfahrens, führen würde, wenn der offenbarste Unzulässigkeitsgrund durch den Verzicht der Parteien geheilt, und der Richter nur dann befugt erachtet werden kann, die gesetzlich über eine gewisse Person verhängte Verwerflichkeit in Vollzug zu setzen, wenn es dem Gegner beliebt, darauf sich zu berufen, ist klar. Darin daß es nur von dem Willen der Partei abhängt, den unzulässigsten Zeugen zulässig zu machen, zeigt sich wieder die innere Schwachheit der Unzulässigkeitsgründe. Die Unzulässigkeit, welche von der Form ihrer Geltendmachung wesentlich bedingt ist, hat keine innere Wahrheit.

Unwillkührlich hat sich daher im Widerstreit mit der von den Glossatoren und den italienischen Prozessualisten begründeten Meinung [4]) nicht nur die neuere Praxis, sondern auch die Doktrin [5]) dahin bestimmen lassen, dem Richter die Berücksichtigung der ärgsten Unzulässigkeitsgründe von Amtswegen zu gestatten. Die Grenze dieser Befugniß, je nachdem die Gründe wider die Zeugen aus den Akten erhellen [6]), ist eine ziemlich unsichere. Soviel aber ist gewiß, daß darin ein Verstoß gegen die mit der gesetzlichen Beweislehre eng verbundene Verhandlungsmaxime liegt, welchen man,

---

sequenter das abgehörte Zeugniß als ganz bedeutungslos so zu verwerfen, wie der Zeuge a limine hätte zurückgewiesen werden sollen. Seuffert Bd. 9. Nro. 220.

4) Die freilich auch noch ihren Anhang hat. Am ärgsten ist es, wenn noch verlangt wird, daß gar die Unzulässigkeitseinreden sofort liquid gestellt werden sollen. Ueber die Bedeutung der Liquidstellung. Archiv Bd. 41. S. 305.

5) Schmid, Civilproz. Bd. 2. §. 137. Heffter, System §. 378.

6) Seuffert Bd. 8. Nro. 318.

wo an der ersteren festgehalten werden soll, für höchst bedenklich halten muß[7]).

Die freie Beweisprüfung hat jenes Hinderniß der Verhandlungsmaxime überhaupt nicht. Die Erkenntniß der Wahrheit ist unabhängige Aufgabe des Richters. Dies wird denn für jederlei Unglaubwürdigkeits- und Verdachtsgründe wichtig.

Setzen wir voraus, daß der Zeuge abgehört worden ist, so ist die logische Theorie mit dem Satz abgethan, daß jedes Zeugniß der gewissenhaften Prüfung nach dem innern Werth der Person und der Aussage unterliegt.

Alle jene Gründe gänzlicher Unglaubwürdigkeit oder Verdächtigkeit der Zeugen haben erst dann eine Berechtigung, wenn deren konkreter Einfluß auf die Wahrhaftigkeit erkannt worden ist.

Niemand kann, um nur einige Beispiele anzuführen, behaupten wollen, daß Kinder oder Unmündige vor einem bestimmten Alter in Wahrheit stets unglaubwürdig sein müssen; da die tägliche Erfahrung lehrt, daß die nöthige Verstandesreife sich an ein bestimmtes Jahr nicht bindet, und daß gerade das Zeugniß des jugendlichen Alters häufig den besten Ausdruck der Wahrheit liefert[8]).

Niemand wird ferner behaupten wollen, daß jeder Freund oder Feind der Partei darum für oder wider dieselbe unter allen Umständen ein unbrauchbarer Zeuge sei. Läßt sich denn in der That annehmen, daß das, was der Laie oder der Jurist[9]) Feindschaft oder Freundschaft nennt, auf den einen, wie auf den andern Menschen denselben Eindruck macht? Das ist eben das Unglück der juristischen Theorie an vielen Stellen, daß sie Menschen und

---

7) Von dem Standpunkt der Verhandlungsmaxime aus kann dann wieder nicht gerechtfertigt werden, daß der Zeuge dessen Zulässigkeit nach stattgehabten Verhandlungen rechtskräftig erkannt worden ist, doch nach der Abhör als ganz unerheblich verworfen werden soll; denn alsdann hätte er nicht zugelassen werden dürfen, was doch einmal rechtskräftig geschehen ist. S. Not. 3 Die Beweislehre ist eben überall voll von Widersprüchen.

8) Ueber den Widerspruch, daß Unmündige, obwohl bis zur Volljährigkeit unglaubwürdig, nachher über Ereignisse, welche in die Zeit der Unmündigkeit fallen, gültig aussagen sollen, vgl. Archiv Bd. 41. S. 102.

9) Nach L. 223. §. 1. V. S.

Dinge nur als Stoff, der sich ihren Unterscheidungen anbequemen soll, anerkennt und unbekümmert um die Mannichfaltigkeit der wirklichen Erscheinungen Alles nur nach der Shablone ihrer abstrakten Sätze eintheilen will.

Wenn man auch die leichte Freundschaft und Feindschaft ausscheidet, wie unsicher, ja unmöglich ist es, irgend einen zuverlässigen Begriff der schwereren Zuneigung oder Abneigung aufzustellen. Ist noch mit der alten Unterscheidung einer capitalis inimicitia Etwas gethan[10]? Soll derjenige, der eine Kriminalverfolgung erregt, z. B. als Anzeiger, noch immer ein unzulässiger Civilzeuge sein, da ihm doch trotz seiner Denunziantenеigenschaft sogar in jenem Strafverfahren, wenn seine Aussage innerlich wahr erscheint, ohne alle Gefahr geglaubt wird?

Mit nicht größerem Recht figurirt noch immer die Unzulässigkeit des Zeugnisses naher Verwandten, Ehegatten u. dgl.[11]). Die Reihe der von der älteren Theorie wegen naher Beziehung verdächtig, oder unmöglich gemachten Zeugen hat sich zwar schon erheblich gelichtet. Die entfernten Kognaten oder Affinen, Verlobte, Stiefverwandte u. dergl. sind an Glaubwürdigkeit entschieden vorgerückt; mitunter so weit, daß kaum noch ein Anhauch von Verdächtigkeit übrig geblieben ist. Selbst mit Geschwistern verfährt man häufig nachsichtiger, als früher[12]).

Allein bei alle dem wird die Verdächtigkeit nahe stehender und die Unglaubwürdigkeit der sich zunächst stehenden Personen aufrecht erhalten. Allerdings kann es vielleicht einen Augenblick scheinen, als sei die Verbindung z. B. zwischen Ehegatten, oder zwischen Eltern und Kindern eine so innige, daß weder für, noch gegen einander ihr Zeugniß Werth haben könne[13]). Dennoch erweist sich dieser Gedanke bei näherer Betrachtung sofort als falsch. Unmöglich kann man allgemeinhin annehmen, daß, was das Zeugniß für einander betrifft, die Zuneigung allemal so weit reicht,

---

10) Man sehe z. B. die feinen Distinktionen des Farinac. de test. qu. 53, Nr. 5 sqq.

11) Bayer, Vorträge, 8. Aufl. S. 810.

12) Strippelmann a. a. O. S. 661 fg.

13) Tevenar, Theorie der Beweise S. 118.

daß das wahrheitswidrige Zeugniß und, was noch schwerer wiegt, der falsche Zeugeneid unbedingt präsumirt werden muß. Solche Vorstellungen richten sich selbst. Die Lehre, welche davon ausgeht, richtet sich aber ferner selbst, indem sie von jeher, si veritas aliter haberi nequit [14]), dennoch das Zeugniß solcher Personen zuläßt und für erheblich hält. Da also, wo es an andern Wahrheitsmitteln gebricht, wo also die Erkenntniß der Falschheit des Zeugnisses am schwersten ist, da soll die Aussage jener Personen gelten, welche prinzipiell zu Lügnern aus Liebe gestempelt werden.

Kein verständiger Richter wird übersehen, daß die nahe Stellung des Zeugen zu der Partei [15]) ein Moment ist, welches ihn zu besonderer Vorsicht aufforbert. Es ist möglich und menschlich vielleicht sogar verzeihlich, wenn nahe verbundene Personen bis zu einem gewissen Punkt durch die natürlichen Gefühle sich wider die Wahrheitspflicht verleiten lassen. In dieser blosen Möglichkeit kann aber kein Grund liegen, jede solche Person vom Zeugniß oder dem Glauben auszuschließen; am wenigsten da, wo der Richter, als bestes Gegenmittel, die Befugniß hat, die Glaubwürdigkeit frei zu prüfen.

Nur besondere Vorsicht in der Beurtheilung und noch mehr vernünftige Benutzung des Zeugeneides ist dasjenige, was das Gesetz oder schon die Natur der Sache dem Richter zu empfehlen hat, wenn es sich um ein Zeugniß dieser Art für einander handelt.

Andere Betrachtungen werden rege, wenn es sich um das Zeugniß gegen einander handelt. Wenn derjenige, welcher nach gesetzlichen Begriffen als Feind betrachtet werden mußte, für den Feind zeugt, so muß man in der Regel annehmen, daß er um so

---

14) Strippelmann a. a. O. §. 23; bes. in Ehesachen, wo überhaupt unfähige Zeugen zulässig sein sollen — Seuffert, Bd. 8. Nr. 177 —, offenbar, weil hier, ähnlich wie in Strafsachen, nach realer Wahrheit gestrebt werden muß. — Bayer S. 811.

15) Oder zu beiden; daß nicht in dergleichen Stellung zu beiden Parteien auf einmal eine Beseitigung der Unglaubwürdigkeit liegen kann, ergibt die Natur der Sache. Vgl. Seuffert Bd. 9. Nro. 92. Diese Annahme ziemt nur der Lehre, welche auch durch Verzicht auf die Einrede gegen den Zeugen diesen klassisch werden läßt. Bayer a. a. O. lit. c.

glaubwürdiger zeugt[16]). So auch umgekehrt, wenn nahe Verwandte wider Verwandte Zeugniß ablegen. Um die Unwahrheit des letztern zu vermuthen, müßte sich erkennen lassen, daß die Beziehung, welche für die innigste Begünstigung spricht, in einen bis zur Lüge gesteigerten Haß umgeschlagen sei. In dem Verwandten müßte sich der Kapitalfeind, nicht mehr der Verwandte hervor drängen.

Die Praxis weiß dies recht gut; sie hält dafür, daß wenn verwandte und befreundete Personen, oder noch weiter gefaßt, solche, welche ein Interesse für die Partei haben, gegen diese zeugen sollten, die Unzulässigkeit und Unglaubwürdigkeit sich beseitigt. Und dieser Ansicht liegt die natürliche Erwägung von Wirkung und Ursache, nicht mehr wie früher die Rücksicht, daß durch die Produktion des Verwandten wider den Verwandten, welche doch nur von dem Gegner erfolgt, auf den aus der Verwandschaft zu entnehmenden Einwand verzichtet werde, zu Grunde[17]).

Wenn man das Zeugniß naher Verwandten gegen nahe Verwandte deshalb für unglaubwürdig erachten wollte, weil es gar nicht möglich wäre, daß die Lieblosigkeit so weit steigen könne, um zum Nachtheil der nächsten Personen auszusagen, so wäre dies ebenso falsch ideal, als wenn man annehmen wollte, daß Niemand zu eigener Schande die Wahrheit bekennen werde. Es ist Thatsache, daß selbst mit voller Lieblosigkeit und mit der größten Dreistigkeit, hier wie dort, dennoch nicht selten die Wahrheit bekundet wird. Häufig muß sogar anerkannt werden, daß das volle Bewußtsein der Wahrheitsverantwortlichkeit die Aussage, mag sich das Gefühl noch so gern dagegen sträuben, befiehlt. Mithin kann auch hier keine Unglaubhaftigkeit als allgemeine Regel vorgeschrieben werden.

Aehnliches gilt von andern Verhältnissen, welche eine nahe Verbindung der Zeugen mit einer Partei begründen, z. B. von dem Dienstverhältniß, oder Abhängigkeit jeder Art[18]). Wie wenig

---

16) Oder es ergibt sich bei dieser Gelegenheit, daß die Feindschaft so weit nicht reicht, die gesetzliche Präsumtion mithin falsch ist. — Vergl. Bayer S. 812. Nro. 4.

17) Strippelmann a. a. O. S. 693. lit. a.

18) Bayer S. 812.

heutzutage noch mit theoretischen Sätzen von der Verdächtigkeit oder Unglaubhaftigkeit der Dienstleute gethan ist, beweist jede Sammlung von Entscheidungen. Von dem völligen Identifiziren des eigenen Interesses mit dem der Dienstherrschaft[19]), wie es von der Sklaverei, der Libertinität oder dem Kolonat des römischen Rechts und den mannigfaltigen Dienstbarkeiten des deutschen Rechts an noch in dem Gesindeverhältniß der guten alten Zeit vorausgesetzt wurde, bis zu dem reinen Vertragsverhältniß der modernen Dienstmiethe gibt es tausendfache Abstufungen.

Die Beweislehre kann sich dagegen nicht verschließen. Sie kann, wenn sie anders mit der Wahrheit es ernstlich nehmen will, nur nach den konkreten Umständen bemessen, ob und wie weit die Glaubwürdigkeit getrübt wird. Daß der gebrobete Diener auf einem andern Fuß zu der Herrschaft steht, als der nicht in einem Hause und an einem Tisch mitlebende[20]), ist nicht die einzige Erfahrung, welche die juristische Lehre wahrzunehmen hat. Fast überall hat selbst das eigentliche Gesindeverhältniß einen Umschwung erfahren. Der Dienstmiethevertrag hat unverkennbar die persönliche Hingabe und Verknüpfung verdrängt. Was will man daher mit Vorschriften, welche noch auf jenen von den Zeitverhältnissen halb bereits verwischten Anschauungen beruhen?

Nirgends zeigt sich deutlicher, wie sehr die spezifisch juristische Theorie hinter den Erscheinungen und Wandlungen des Lebens zurückbleibt, als wenn man mit den vermeintlich untrüglichen Aussprüchen der Lehrbücher die tausenderlei Abstufungen vergleicht, welche nur dies einzige Verhältniß in der Wirklichkeit darbietet. Die Mannigfaltigkeit der Form und des Wesens in buntem Wechsel lehrt am besten, daß es geradezu unmöglich ist, dieselbe unter dürren Rechtsbegriffen zusammenzufassen. Hier hilft nur die verständige und wahre Auffassung der konkreten Zustände.

Nur beiläufig mag erwähnt werden, daß es unter den Dienstverhältnissen der Staatsdienst nicht am letzten ist, der durch seine

---

19) Von einer Dankbarkeit und Anhänglichkeit, welche selbst die Wahrheitspflicht stört. Glück, Comm. Bd. 22. S. 158.

20) Strippelmann a. a. O. S. 656. Vgl. Seuffert Bd. 7 Nro. 120. Bd. 6. Nro. 72. Bd. 8. Nro. 316. Bd. 3. Nro. 287. Bd. 4. Nro. 167.

wahre Beschaffenheit die konservative juristische Lehre im Stiche läßt. Auch das Zeugniß des Staatsdieners in Amts- und Staatssachen muß ganz andern, nur nach den realen, konkret zutreffenden Beziehungen gewürdigt werden[21].

Konkretes Ermessen erspart alle jene berüchtigten Kontroversen über die Zeugenschaft der Gemeinde-, Korporationsmitglieder u. dgl.[22]. Die neuere Praxis sieht hier ungleich richtiger, als die schwierigen Unterscheidungen der älteren Lehre, auf den Grund des Interesses. Allein unbedingt muß man erkennen, daß dieser wahre Maßstab der Glaubwürdigkeit nur in concreto richtig gewürdigt werden kann. Es nutzt also nichts, die besten Entscheidungen, da solche nur konkreten Werth haben können, wieder als Präjudizien und Leitsätze hinzustellen[23]. Zu gänzlicher Untauglichkeit gewisser Personen ist auch hier wieder kein Grund.

Mit dem Dienstverhältniß wird eigentlich bereits ein anderes Moment, welches auf die Glaubwürdigkeit von dem größten Einfluß ist, berührt. Es ist dies das eigene Interesse. Zweifellos ist es bei einer Menge von Dienstpersonen nicht sowohl die aufopfernde Anhänglichkeit an den Dienstherrn, sondern die Besorgniß, durch ein demselben nachtheiliges Zeugniß sich selbst Schaden zu bringen, was die Wahrhaftigkeit leicht gefährdet. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Zeugniß der Gemeinde- und Korporationsglieder, oder der Staatsdiener. Auch hier ist es möglicherweise die reine, unegoistische Anhänglichkeit an die Genossenschaft oder den Staat und deren Interessen, möglicherweise aber die ebenso reine Rücksicht auf die eigenen persönlichen Interessen[24], welche das Zeugniß trüben. Jedermann wird zugestehen, daß bei der Zumuthung, ein Zeugniß wider die Gemeinde oder den Staat abzulegen, thatsächlich die Besorgniß, sich selber die Stellung in der Gemeinde, oder als Staatsdiener zu verderben, eine wesentliche

21) Strippelmann a. a. O. §. 16 fg.

22) Glück, Comm. Bd. 22. S. 150. Bayer S. 809. Strippelmann S. 607.

23) Seuffert Bd. 1. Nro. 298. 372. Bd. 3. Nro. 293. u. a.

24) Jedenfalls ist es einseitig, wenn man z. B. bei dem Zeugniß der Gemeindeglieder **nur** das egoistische Interesse des Zeugen an die Gemeindesache berücksichtigt. Bayer, S. 809. Strippelmann, S. 616.

Rolle spielen kann. So auch bei dem Dienstverhältniß von privater Beschaffenheit.

Die gesetzliche Glaubwürdigkeitslehre hat nun aus dem eigenen Interesse wirklich eine besondere Rubrik gebildet[25]). Allein wie unvollständig und mangelhaft nimmt sich dieser Abschnitt aus.

Freilich wird wohlweislich gesagt, daß das Interesse nicht gerade ein pekuniäres zu sein braucht[26]). Ganz richtig; gerade deswegen ist es unmöglich, den Begriff des wahren Interesses auch nur annähernd zu definiren und zu bestimmen, welche Fälle unter diesen Titel gehören. Die Arten und Abstufungen des Interesses sind so unendlich mannigfaltig, daß sie niemals von der ausführlichsten Kasuistik erschöpft, geschweige dann mit ein paar dürftigen Rechtsregeln getroffen werden können. Das Interesse an der Sache, die Betheiligung an dem Rechtsobjekt ist wieder etwas so Konkretes, daß nur die verständige Erwägung der gegebenen Umstände des einzelnen Falls deren Vorhandensein und Einfluß zu ermessen vermag.

Eine gänzliche Unzulässigkeit von vorn herein auf diesen Grund hin anzunehmen, ist selbst die gesetzliche Lehre im Allgemeinen zu vorsichtig. Je mehr es in der Natur der Sache liegt, daß die Wirkung eine konkrete Wirkung ist, desto schlimmer wäre es, durch abstrakte Verwerflichkeit der realen Wahrheit Schaden zu thun. Die freie Beweisprüfung macht aber, wie hier widerholt werden muß, eben weil sie sich ihre volle Freiheit, das Zeugniß auch noch nach der Abhör zu verwerfen, vorbehält, die Unzulässigkeit a limine vollends entbehrlich.

Total unfähig zum Zeugniß erscheint der gesetzlichen Lehre die Partei selbst[27]). Das klingt so selbstverständlich, daß man sich fast scheut, einen so platten Satz auszusprechen. Gleichwohl läuft am Ende Alles auf einen Namen hinaus. Ist es denn am Ende ein wesentlicher Unterschied, ob man die eidliche Erklärung Zeugniß oder Eid nennt? Die eidliche Versicherung der Partei

---

25) Die ganze positive Grundlage soll in L. 10 D. und L. 10 Cod. de test. 4, 20 enthalten sein.

26) Bayer a. a. O. Seuffert, Bd. 2. Nro. 335.

27) Ueber die Gemeinschuldner s. Seuffert Bd. 7. Nro. 124.

über das Beweisthema wird zugelassen. Kann man dies kein Zeugniß nennen? Der Unterschied besteht doch nur in dem offenbar untergeordneten Umstand, daß die Aussage des Zeugen, frei abgelegt, umfassender — nemlich bei mündlichem Zeugenverhör — gegeben wird, bei der eidlichen Erklärung bereits präzisirt vorliegt. Wie aber, wenn, wie es oft geschieht, in dem Eidestermin die schwörende Partei, um ihr Gewissen zu decken, den Eid zu rechtfertigen u. s. w., den Sachverhalt, den der Eidessatz in nuce enthält, ausführlich erzählt? Wo ist da ein erheblicher Unterschied von dem durch Eid bestärkten Zeugniß?

Es ist nur ein Namensstreit, der diese wenigen Worte nicht verdiente, wenn sich nicht daran unmittelbar weitere Konsequenzen knüpften. Man verwirft oder verdächtigt das Zeugniß des Cedenten, des Mandanten oder Mandatars[28], des Vormundes einer Partei u. s. w. Das eigene Interesse jener Personen soll dies rechtfertigen. Die Praxis hat sich bis zur Stunde im Ganzen, wenigstens was die Verdächtigkeit anlangt, hierbei beruhigt. Aber dieselbe Praxis hat allmählig auf alle diese Personen den Satz ausgedehnt, daß der Schiedseid oder Erfüllungseid durch diejenigen Dritten, welche am besten Auskunft zu geben wissen, abgeleistet werden darf. Die Parteien können dies sogar fordern[29]. Mit dieser Thatsache halte man nun die so eben erwähnte Vergleichung der eidlichen Erklärung durch Eid und durch Zeugniß zusammen. Welche wunderbare Konsequenzen! Weil man dem Cedenten, Mandanten u. s. w. als Zeugen auf seinen Zeugeneid hin nicht trauen durfte, deshalb mußte er als Anhängsel der Partei zum litisdecisorischen Eid gelassen werden. Hier genießt er des unbedingtesten Glaubens; der Name „Schwurpflichtiger" macht ihn in den Augen der Juristen zu einem andern Menschen.

Dabei möchte man ferner wohl fragen, warum denn, wenn einmal die anerkennenswerthe Rücksicht, wie die Wahrheit am besten ermittelt werde, jene Zulassung zum Parteieneid befahl, nicht ebenso verfahren wurde, wie bei den durch anderes Interesse unzu-

28) Strippelmann S. 605. Seuffert Bd. 6. Nro. 274. Seuffert Bd. 9. Nro. 275. Bd. 9. Nro. 90.

29) Strippelmann, die Eideszuschiebung, Kassel 1856. §. 48 fg.

lässigen Zeugen. Die Eltern und Kinder, an sich unzulässige Zeugen, werden, si veritas aliter haberi nequit, wenigstens als testes domestici zulässig. Den Cedenten und Mandanten u. dgl. aber befreit dieser Umstand oder dessen Analogie von der Mangelhaftigkeit seines Zeugnisses nicht.

In ähnlicher Weise gewinnt denn die Lehre vom Zeugniß der Gemeindeglieder u. dgl. erst dann ihr rechtes Licht, wenn man sie zugleich vom Standpunkt der Eideslehre auffaßt. Solchen Irrgängen der juridischen Beweislehre nachzugehen, möchte eine gewisse Unterhaltung gewähren, wenn sie nicht auf das Recht, welches gesprochen werden soll, Einfluß hätten. Ich bedaure den Anwalt oder jeden andern Juristen, welcher seiner Partei klar machen muß, daß sie ihren Cedenten nicht als Zeugen benennen darf, weil er nur die Dienste eines verdächtigen Zeugen leisten würde; daß sie ihn vielmehr besser als Schwurpflichtigen aufspart, weil dann sein Eid den vollen Beweis wiegt. Noch mehr Bedauern verdient aber, wie hier nicht weiter ausgeführt werden kann, die sogenannte wissenschaftliche Eideslehre, welche zu derlei Folgesätzen führt, als ob Eid des Zeugen und Eid der Partei zwei Dinge wären, die sich gar nicht gleich sehen.

Man wird nicht mit Unrecht annehmen, daß jene Erweiterung der Eideslehre durch Zulassung Dritter zu dem Schwur anstatt der eigener Kenntniß entbehrenden Parteien aus dem Bedürfniß, die Schranken der formalen Beweisregeln zu durchbrechen, hervorgegangen ist. Bezeichnend genug suchte jedoch die Rechtswissenschaft den Ausweg nicht, oder konnte ihn nicht suchen, indem sie erklärte, daß die ausführliche Erzählung des Sachverhaltes Seitens des kundigen Dritten unter Hinzukommen des Eides glaubhaft sein möge. Glaubhaft ist nur der förmliche Eid über den strikten geschriebenen Eidessatz.

Wenn aber die gesetzliche Lehre einmal das eigene Interesse des Zeugen als offiziellen Unzulässigkeits- oder Unglaubwürdigkeitsgrund aufstellt, so ist es offenbar viel zu eng, wenn man dabei nur das Interesse an dem besondern Streitgegenstand im Auge hat [30]). Ent-

30) Strippelmann S. 599.

weder muß man das objektive Interesse weiter fassen, oder die Rubrik, „von der persönlichen Beziehung des Zeugen zu den Streittheilen und der Sache" erweitern. Wie mager nimmt es sich aus, wenn von Zeit der Glossatoren her immer wider die spezielle Frage traktirt wird, ob der Evíktionspflichtige für den Käufer[31]), ob der Cedent für den Cessionar, der Mandant für den Mandatar und umgekehrt, der Vormund oder Kurator für den Mündel u. s. w. zeugen könne. Hier bleiben tausend und aber tausend Fälle unbachtet liegen. Hat nicht vielleicht der Darlehnsempfänger ein ebenso starkes Interesse, nicht gegen den Darleiher Zeuge zu werden? Hat dies nicht leicht jeder Schuldner dem Gläubiger gegenüber? Ist nicht möglicherweise die Abhängigkeit des Schuldmanns von dem Kapitalisten eine stärkere, als die des modernen Dienstboten von der Herrschaft?

Man wird solche Betrachtungen in ungemessener Zahl fortsetzen können. Es genügt, hier nur anzudeuten, wie der Stoff der zu berücksichtigenden Verhältnisse so groß ist, daß schon um der Reichhaltigkeit willen die abstrakte Regel sich als unzulänglich erweisen muß. Nur das logische Ermessen kann denselben bewältigen. Das Interesse, sei es das an der Sache, sei es das an der Person der Streittheile, und seine Folgen ist nimmermehr ein juristischer Begriff. Nicht nach dem Gesetz, sondern nach gesunder Einsicht und Lebenserfahrung läßt sich darüber urtheilen.

Finden wir sonach bei Betrachtung der subjektiven Momente des Zeugnisses, daß nur das konkrete Ermessen herrschen sollte, so muß dasselbe auch in Bezug auf die objectiven Eigenschaften des Zeugnisses gelten. Solche Sätze, wie die, daß das Zeugniß bestimmt, erheblich, ohne Widerspruch sein müßte, brauchen nicht näher besprochen zu werden[32]). Damit wird, wenn man dergleichen auch stets in Lehrbüchern sorgfältig wiederholt sieht, niemals etwas Anderes gesagt, als daß die Zeugenaussage verständig nach ihrem inneren Werth geprüft werden muß. Wenigstens hat die neuere Doktrin selbst die theoretische Bedeutung, welche sol-

31) Duaren. in h. t. Dig. de test. c. t. Strippelmann S. 603. Seuffert Bd. 5. Nro. 319.

32) Bayer §. 245.

chen Regeln die ältere Wissenschaft beilegte, verloren. Gleiches gilt von der Abwägung verschiedener, einander widersprechender Zeugnisse; die früheren Versuche, dafür ein juristisches Schema aufzustellen, werden wohl nie wieder aufgegriffen werden.

Nicht anders aber verhält es sich mit der noch immer einflußreichen Ansicht, daß das testimonium de auditu in der Regel unerheblich, ja unzulässig sei. Selten ist man sich heutzutage der wahren Bedeutung der ratio, des Wissensgrundes, welchen die italienischen Juristen verlangten, bewußt. Die Art der Wahrnehmung des Zeugen bildet im Uebrigen jetzt nur einen logischen Anhaltspunkt der Beurtheilung. Es versteht sich von selbst, daß für die Frage, ob das Zeugniß die Wahrheit bestätigt, die Erkenntniß, woher der Zeuge das, was er mittheilt, weiß und wissen kann, am allerwesentlichsten ist. Damit weist sich aber dem Zeugniß von Hörensagen von selbst seine Stellung an. Daß es, wo es auf unmittelbare Bekundigung einer Thatsache ankommt, diese nicht liefert, ist klar.

Allein ebenso klar ist es, daß sehr oft, wie auch die Praxis der gesetzlichen Theorie anerkennt, einem solchen Zeugniß dennoch einiger, oder erheblicher Werth beigelegt werden muß. Wie groß dieser letztere sei, läßt sich wieder nur nach den einzelnen Umständen bestimmen. Es läßt sich unschwer denken, daß das Zeugniß vom Hörensagen so geartet ist, daß es mehr, als ein zweifelhaftes Zeugniß eigener Sinnenwahrnehmung wiegt; es läßt sich freilich auch denken, daß es als Relation eines vagen Gerüchts ganz werthlos bleibt. Die freie Beweisprüfung will ja nicht den unbedingten, oder leichtfertigen Glauben an jedes testimonium de auditu, sondern nur die Möglichkeit, nach den besten inneren Gründen zu entscheiden.

Indem, weil selbst das Hörenzeugniß unbestreitbar der Wahrheit Dienste leisten kann[33]), die völlige Unzulässigkeit desselben keinenfalls gerechtfertigt ist, zeigt sich also überhaupt, daß die ge-

---

33) Ebenso ist es eine rein konkrete Frage, was die in der Zeugenaussage enthaltene Schlußfolgerung werth ist. Genau genommen enthält jede Zeugenaussage immer zugleich einen Schluß, d. h. sie ist das Produkt einer Reflexion.

setzlichen Unzulässigkeitsgründe zu allererst fallen, und zwar alle fallen müssen. Damit ist wieder nicht gemeint, daß unbedingt jedes Zeugniß zugelassen werden sollte; der freien Beurtheilung gebührt es vielmehr, daß sie das völlig werthlose und überflüssige Zeugniß auch ungehört verwerfen darf. Allein es ist ein großer Unterschied, ob dies nach innern Gründen in dem einzelnen Fall, oder ob dies nach allgemeiner Gesetzesregel geschieht. Die natürliche Logik sagt, daß jeder Mensch, und wäre es der wegen Meineids bestrafte, die Wahrheit sagen kann; sie behält sich die Prüfung vor, ob er sie auch sagen wird. Die gesetzlichen Unzulässigkeitsgründe aber setzen voraus, daß viele Menschen die Wahrheit nicht unbedingt sagen können und nicht sagen werden. Sie nehmen an, daß die gesetzliche und moralische Pflicht zur gerichtlichen Wahrheit den von der Wissenschaft aufgegriffenen Beziehungen jedesmal unbedingt unterliegt.

Sachliche Gründe lassen sich für die Beibehaltung keines einzigen gesetzlichen Unzulässigkeits-, oder Unglaubwürdigkeitsgrundes anführen. Allgemeine Bedenken gegen das Aufgeben jeder abstrakten Regel habe ich früher[34]) besprochen. Nur so viel mag hervorgehoben werden, daß es am wenigsten juristische Richter, geübt zu logischen Urtheilen und, was die Hauptsache ist, genöthigt, Entscheidungsgründe zu geben, sind, welche irgend welcher Präventivmaßregeln bedürfen. Der in der Strafprozeßlehre noch oft verhandelte Streit über die negative Beweistheorie hat stets seinen wesentlichen Bezug auf die Geschwornenurtheile, bei denen häufig in dem Verbot gewisser Beweismittel eine Garantie gegen Exzesse des unkontrolirbaren Wahrspruchs gesucht wird. Wo das Urtheil mit erkennbaren Gründen gefällt werden muß, hat die Aufhebung der absoluten Unzulässigkeit gewisser Beweismittel nicht die mindeste Gefahr.

II. Würde sonach die Gesetzgebung in der Beurtheilung der Zulässigkeit oder des Werthes der Zeugen unbedingte Freiheit zu gewähren haben, so erhält diese Lehre doch erst ihre rechte Ergänzung durch die Lehre von der Zeugnißpflicht und der Befugniß der Ablehnung. Mit der möglichen Zulassung eines

34) Archiv Bd. 41. Nro. IV.

jeden Zeugnisses kann nicht der Zwang zu jedem Zeugniß Hand in Hand gehen, selbst wenn man die allgemeine Zeugnißpflicht an sich zur Grundlage nimmt.

Jeder muß auf Erfordern dem Gericht die Wahrheit sagen. Diesen Gedanken des neuern Rechts[35]) muß gerade die freie Beweistheorie, indem sie den höchsten Zweck materieller Wahrheit verfolgt, aufrecht erhalten. Allein es wäre irrig, an dieser Stelle eine durchschneidende formale Konsequenz unter Mißachtung der realen Verhältnisse zu erheischen, welche gerade durch die konkrete Prüfung der Beweise überhaupt aus dem Prozeß verbannt werden soll.

Es wurde oben hervorgehoben, in welcher Weise die nahe Verwandtschaft, Bande des Bluts und der Freundschaft auf die Neigung, die Wahrheit zu sagen, Einfluß gewinnen mögen. Wenn nun auch dort erkannt wurde, daß diese Möglichkeit nicht zu einer abstrakten unwahren Regel ausgeprägt werden darf, so kann doch das Recht nicht verleugnen, daß die nahe Beziehung des Zeugen vielleicht der Wahrheit des Zeugnisses entgegentritt. Dies ist der Fall, wenn der Zeuge der natürlichen Stimmung zuwider gegen denjenigen aussagen soll, für welchen seine lebhaftesten Sympathieen sind. Das Recht muß ferner die ethische Seite der Sache anerkennen und die Schonung jener natürlichen Gefühle anempfehlen.

Um diese zu retten, um den Zeugen nicht in Versuchung zu führen und um die vermuthliche Wahrheit des Zeugnisses zu erhalten, bietet sich nicht das Radikalmittel der Unzulässigkeit, sondern das ungleich elastischere Mittel der Ablehnungsbefugniß dar. Man muß auch hier nur nicht meinen, daß von Richter- und Amtswegen allein Alles gemacht werden könne. Die Ablehnungsbefugniß legt, was die gesetzliche Unzulässigkeitslehre erreichen möchte, großentheils gleichsam in das Urtheil des Einzelnen; sie ist der wahre Ausdruck der privatrechtlichen Seite des Zeugnisses; und es kann daher für kein ganz unerhebliches Anzeichen gelten, wenn die jüngere Praxis sichtlich einer freien Ausdehnung der Ablehnungsbefugniß geneigt ist[36]). Die Stärkung des privatrechtlichen Ka-

35) Strippelmann a. a. O. §. 4.
36) Strippelmann a. a. O. §. 6 fg.

rakters des Prozesses und seiner einzelnen Institute erscheint als eine wesentliche Aufgabe der Zukunft.

Man soll daher zunächst nahen Verwandten, ohne die Grenzen allzu eng zu ziehen, das Recht geben, das Zeugniß im Verhältniß abzulehnen. Damit ist ihnen die Möglichkeit gewährt, allen jenen Rücksichten Rechnung zu tragen, deren Wahrung nicht Sache des Richters ist. Nicht das Gericht, sondern Privaten haben dafür zu sorgen, daß die Gesetze der Moral nicht mit Füßen getreten werden. Das positive Rechtsgesetz aber hat nur dafür zu sorgen, daß die Gebote der Moral neben ihm bestehen können, nicht dafür, daß sie als äußerlich zwingende in das Rechtsgesetz aufgenommen werden, d. h. ihre wahre Bedeutung einbüßen. Durch die Ablehnungsbefugniß mag ein Jeder mit seinem Gewissen fertig werden und selbst zwischen der Pflicht zur Wahrheit und der Pflicht der Liebe abwägen. Gerade darum wird die Selbstentscheidung des Zeugen bereits leicht ein erhebliches Moment für die richterliche Ueberzeugung. Es kommt darauf an, daß der Zeuge über diese seine Berechtigung und deren Sinn gründlich belehrt werde. Ist dies geschehen, so lassen sich die Gründe der Ablehnung oder der Bereiterklärung verfolgen, so liegen darin unmittelbar die besten Anhaltspunkte für die Erkenntniß der inneren Wahrhaftigkeit.

Die nemliche Schonung aber verdient der natürliche und niemals wegzuleugnende Trieb der Selbsterhaltung. Der Zeuge kann nicht nur da, wo es um seine eigene Schande gilt, sondern auch da, wo er sonst sich geradezu in erheblichen Nachtheil stürzen würde, nicht genöthigt werden, wider sich auszusagen. Durch Anerkennung dieses Satzes bewahrt sich der gerichtliche Beweis vor Versuchung der Zeugen und vor vielen unwahren Zeugnissen.

Genaueres läßt sich darüber freilich nicht bestimmen. Daß nicht jeder mögliche Nachtheil zur Zurückhaltung des Zeugnisses berechtigt, versteht sich von selbst. Zunächst wird man der Versicherung des Zeugen in der Regel vertrauen müssen. Ueber diesem Kriterium steht aber das freie verständige Ermessen des Richters. Darnach wird sich ergeben, ob die Ablehnung im einzelnen Fall als eine gegründete erscheint, oder nicht. Die Grenze zwischen der Forderung des Rechts und den Forderungen der Moral,

oder den Forderungen eines berechtigten Egoismus läßt sich juristisch nicht abstecken. Gesunder Menschenverstand wird ferner allein nicht im Stande sein, ob die Verweigerung auf das ganze Zeugniß, oder nur auf gewisse trennbare Theile[37]) sich erstrecken darf.

Wird das Zeugniß abgegeben, obgleich es verweigert werden konnte, so fällt es unter die freie Beurtheilung nach inneren Gründen. Man sieht, daß die Unzulässigkeit des Zeugnisses, welche die gesetzliche Lehre häufig damit gleichstellt, oder doch in Zusammenhang bringt, mit dem Ablehnungsrecht gar Nichts zu schaffen hat[38]). Beruhen andererseits jene Ablehnungsberechtigungen auf guten Gründen, welche die Anerkennung des Rechtsgesetzes verlangen, so kann nicht davon die Rede sein, sie wieder durch die Entschuldigung: si veritas aliter[39]) haberi nequit, illusorisch zu machen. Auch im Strafprozeß ist dies kein Grund, diejenigen, welche sich nicht verhören zu lassen brauchen, zum Zeugniß zu zwingen. Die Eigenschaft einer res domestica ist so wenig geeignet, den Zwang zu rechtfertigen, daß sie vielmehr um der Schonung der häuslichen Interesse willen schon an sich häufig genügen mag, gerade die Ablehnung zu begründen[40]).

Nur eine Ablehnungsbefugniß, nicht eine Unzulässigkeit ist schließlich das Richtige, um die Zeugenschaft der Notare, Advokaten, Geistlichen, Beamten u. s. w. zu ordnen. Wie dort die ethischen Erwägungsgründe, ob Zeugniß abgelegt werden dürfe, so sind hier die aus der Amtseigenschaft hervorgehenden Ursachen, mit dem Zeugniß zurückzuhalten, zunächst Sache der eigenen Beurtheilung des Zeugen. Das Gericht kann in den meisten Fällen unmöglich prüfen, ob der Beamte, Pfarrer oder dgl. Zeugniß geben

---

37) Wie früher auf die ignominösen Artikel. J. R. A. §. 53. — Gensler zu Martin's Civilprozeß I. S. 359. — Vergl. über die kurhess. Praxis Strippelmann a. a. O. S. 584. — Seuffert, Archiv Bd. VII. Nro. 123.

38) Auch hier heißt es wohl, daß z. B. der Zeuge de propria turpitudine gar nicht abgehört, wenn aber abgehört, doch Glauben haben soll.

39) Wohin man denn die Eidesdelation, trotzdem daß sie (freilich fälschlich) als Beweismittel proklamirt wird, nicht rechnen will. Seuffert Bd. 10. Nro. 305.

40) Strippelmann a. a. O. S. 666, zählt die Fälle des test. domesticum auf.

darf. An sich ist Jeder dem Gericht die Wahrheit schuldig, auch der Beamte oder öffentlich Angestellte jederlei Art. Niemand wird von einer unbedingten Bewohnung eines jeden Amtsgeheimnisses noch ausgehen. Die Annahme, daß auch nur jeder Staatsbeamte, über Staatsgeschäfte ein unzulässiger Zeuge sei, oder auch nur unbedingt das Zeugniß verweigern dürfe, richtet sich in ihrer inneren Unwahrheit von selbst.

Es gibt indessen ein Dienstgeheimniß und die Pflicht, dasselbe zu bewahren. Allein wieweit diese Rücksicht reicht, hat zuvörderst nicht das Gericht, sondern der betreffende Zeuge selbst zu ermessen. Die Verschwiegenheit ist keine Pflicht, welche das Gericht zu schützen und etwa gar zu einer Unzulässigkeit zu gestalten hat, sondern eine disciplinare Pflicht des Dieners dem öffentlichen oder privaten Dienst und folgeweise seiner vorgesetzten Behörde gegenüber. So selbst bei dem katholischen Beichtvater. Wenn dieser, obwohl ihm solches verboten ist, dennoch gezeugt hat, so hat nicht das Gericht gesündigt, welches ihn abhörte, sondern er selbst, daß er sich abhören ließ.

Jeder Richter weiß, daß die Satzungen der katholischen Kirche die Erklärung des Beichtgeheimnisses untersagen. Allein das Recht hat vollständig genug gethan, wenn es anerkannt, daß der Beichtiger deshalb unbedingt sein Zeugniß verweigern darf. Daß letzteres, wo es noth thut geschieht, darauf hat die Kirche, die Behörde des Geistlichen zu achten; dem Gericht kommt es nicht zu, als disciplinarischer Stellvertreter derselben, seinerseits zu verhüten, daß ein solches Zeugniß abgelegt werde.

Es bedarf keiner Ausführung, daß es, in minderem Umfang, ähnlich bei Notaren, Advokaten, protestantischen Geistlichen, Aerzten u. s. w. lediglich eine Pflicht derselben gegen Klienten, Kunden, oder gegen ihre dienstliche Stellung ist, welche die Schonung der Zeugnißverbindlichkeit, aber nicht im Mindesten eine Unzulässigkeit, oder Unglaubwürdigkeit des Zeugnisses gebietet. Dasselbe gilt aber auch von Richtern und Staatsbeamten jeder Art. Es sind in der Regel wunderliche Vorstellungen, von dem Staatsdienst und Staatsinteresse, welche zu Grunde liegen, wenn man meint, daß jeder Beamte des Zeugnisses über amtliche Wahrnehmungen sich entschlagen soll. Der allgemeinen Wahrheitspflicht gegenüber,

welche die Gerechtigkeit fordert, hat auch der Staat die Pflicht, seine Organe der Wahrheit zur Verfügung zu stellen. Es müssen ganz überwiegende Ursachen sein, welche es rechtfertigen, diese Verbindlichkeit im einzelnen Fall abzulehnen.

Zunächst wird es dabei auf die glaubhafte Versicherung des Betheiligten selbst, oder anderer Behörden ankommen, daß die Verschwiegenheit geboten erscheint. Immerhin aber muß es im Ganzen dem Gericht freistehen, auch diesen Ablehnungsgrund zu prüfen. Daß nicht jede blose Versicherung, daß die Unterlassung des Zeugnisses geboten erscheine, hinreichen darf, liegt auf der Hand. Wie weit darin der Richter gehen mag, läßt sich im Voraus nicht bestimmen. Es wäre sehr irrig, wenn man immer unterstellen wollte, daß der Richter geneigt sein werde, die Verschwiegenheitspflicht zu mißachten. Viel irriger und schädlicher aber ist es, wenn die Staatsbeamten ohne Weiteres der Wahrheitspflicht in mündlicher Form, welche jeden anderen Menschen trifft, überhoben sein sollen.

III. Abschaffung aller gesetzlichen Unzulässigkeits- und Unglaubwürdigkeitsgründe, dagegen Gestattung der Zeugnißablehnung in den geeigneten Fällen, dabei freies menschliches Ermessen ist es, was für die materielle Seite des Zeugenbeweises wünschenswerth erachtet werden muß. Was das Verfahren betrifft, in welchem sich der Zeugenbeweis zu bewegen hat, so ist früher und im Verlaufe dieser Darstellung bereits angedeutet worden, daß von freier Prüfung nur bei mündlicher Beweisaufnahme vor dem erkennenden Richter die Rede sein kann. Von der Mündlichkeit zieht der Zeugenbeweis den meisten Nutzen; ja streng genommen ist wahrer Zeugenbeweis, d. h. Verwerthung der Auskunftsperson, nur in dem mündlichen Prozeß möglich. Wo der Richter auf das Zeugenprotokoll hin urtheilt, hat er nur eine Auskunftssache, oder Urkunde.

Mit dem mündlichen Verfahren ist die Oeffentlichkeit desselben nicht gerade nothwendig verbunden. Die allgemeineren Gründe zu Gunsten der Oeffentlichkeit des Prozesses sind hier nicht zu berühren. Wohl aber darf darauf hingewiesen werden, daß gerade für das Beweisverfahren da, wo nach menschlicher Ueberzeugung geurtheilt wird, die Oeffentlichkeit der Beweisaufnahme besondere

Bedeutung gewinnt. Mit der Möglichkeit, durch Theilnahme an der Verhandlung, die Einsicht des ganzen Stoffs, wie er auch dem Richter vorliegt, zu erlangen, ist für jeden urtheilsfähigen Laien auch die Möglichkeit gegeben, den Gründen des Urtheils nachzurechnen. Zu der Beurtheilung, welche das Gericht vornimmt, gehört ja nicht mehr eine nur dem Juristen eigene, sondern die jedem Andern möglicherweise ebenso zugängliche Fähigkeit. Es erhellt, daß durch den Zusammenhang mit der Oeffentlichkeit des Verfahrens das Erforderniß der Entscheidungsgründe besonders wichtig wird. In der beständigen Kontrole der öffentlichen Meinung liegt, wenn es dessen bedarf, ein Schutz gegen Ausschreitungen des willkührlichen Gebrauchs der freien Ueberzeugung, der sicher besser wirkt, als die präventiven Beweisregeln.

Wenn hiernach die Oeffentlichkeit auch der Zeugenabhörung empfehlenswerth erscheint, so versteht es sich von selbst, daß die Anwesenheit der Parteien oder deren Vertreter als nothwendig vorausgesetzt wird. Die Ausschließung der letzteren kann wohl kaum noch Vertheidiger aufweisen.

Auch die Mitwirkung derselben bei dem Verhör läßt sich unmöglich versagen. Allein welches soll die Stellung der Parteien und des Richters sein? Soll dem Richter die Leitung der Beweisaufnahme, den Streittheilen nur ein untergeordnetes Fragerecht zustehen, oder umgekehrt soll das Kreuzverhör der Parteien der Kern der Sache bilden und dem Richter nur ein ergänzendes Fragerecht gebühren? Man denkt dabei leicht an die Analogie des Strafprozesses. Dort wird häufig das Parteienverhör empfohlen.

Die Lage des Civilverfahrens ist indessen in einem wesentlichen Punkt eine andere. Im Strafprozeß ist es eine stete Klage, daß die Parteirollen zwischen dem mit vielen Befugnissen ausgerüsteten Staatsankläger und dem Angeklagten sehr ungleich ausgetheilt sind. Das Interesse der Gleichberechtigung bildet einen vorzüglichen Grund, das englische Kreuzverhör, welches beiden Theilen gleiche Rechte gewährt, zu empfehlen. Im Civilprozeß bietet sich dieser Grund nicht dar; die volle Gleichheit der Stellung ist hier thatsächlich vorhanden.

Handelt es sich darum, ob nur die Parteien, oder nur der

Richter die Examination der Zeugen vornehmen solle, so würde die Antwort nicht wohl zweifelhaft sein können. Nur den ersteren die Beweisaufnahme in die Hand geben, heißt nichts Anderes, als die Verhandlungsmaxime zum leitenden Grundsatz zu erheben. Dies ist im Strafprozeß gerade unmöglich, oder würde wenigstens der entschiedenste Rückschritt sein, der nur gemacht werden kann. Aber auch im Civilprozeß läßt sich dies nicht billigen. Wo der Richter auf das beschränkt ist, was die Parteien fragen und vorbringen wollen, herrscht die Verhandlungsmaxime; und wenn in tausend Fällen die Streittheile gründlichst die materielle Wahrheit anstreben und erreichen, so würde doch die Möglichkeit nicht in Abrede gestellt werden können, daß in anderen Fällen der Richter dadurch genöthigt wird, anstatt die reale Wahrheit zu gewinnen, auf unvollständige Parteiverhandlungen hin zu erkennen. Mit andern Worten: die Verhandlungsmaxime führt nothwendig wieder auf das Ziel juridischer Wahrheit hin, welches vermieden werden soll.

Logische Erkenntniß der realen Wahrheit kann mit der Verhandlungsmaxime nicht bestehen. Um seiner Aufgabe, wie sie die hier befürwortete Beweislehre stellt, zu genügen, muß der Richter selbstständig und ungehindert sich bewegen. Der Abschnitt des Beweises ist in dem Prozeß derjenige, in welchem der Parteidisposition keine Macht zustehen darf. Die Streitenden können über ihre Privatrechte während des Prozesses frei verfügen. Dazu muß namentlich das sogenannte vorbereitende Verfahren den nöthigen Raum gewähren. Allein über die Wahrheit, deren reale Ermittlung sie erheischen, indem sie es, die richterliche Erkenntniß anrufend, zum Beweisverfahren kommen lassen, hat die privatrechtliche Befugniß der Streitenden keine Gewalt[41]).

Aus diesem der realen Wahrheitstheorie zu Grunde liegenden Prinzip folgt, daß es der Richter ist, der nicht nur überzeugt werden, sondern sich aktiv selbst überzeugen soll. Die Parteien liefern hauptsächlich den Stoff; die Erforschung der Wahrheit ist Sache des Richters, mithin auch die Leitung der Beweisaufnahme. Es

41) Dies ist die Idee des römischen Formularprozesses. Schwerlich wird sich eine bessere und zugleich zeitgemäßere auffinden lassen.

ist daher mehr, als blose Zweckmäßigkeit, wenn dem Richter das eigentliche, den Parteien nur ein ergänzendes Fragerecht zu erkennen ist. Umgekehrt aber würde es sicher sehr unzweckmäßig befunden werden und nicht vielmehr, als Zeitverlust und unnöthige Mühe bedeuten, wenn zwar nicht ausschließlich den Parteien das Kreuzverhör übertragen, wohl aber in erster Linie das Verhören der Zeugen überlassen und dem Richter blos ein subsidiäres, oder verbessertes Fragerecht vorbehalten bleibt.

Daß den Parteien die Befugniß neben dem Richter, sei es durch diesen, oder unmittelbar, Fragen an die Zeugen zu richten, nicht angenommen werden soll, versteht sich von selbst. Die Kontrole der Vollständigkeit und Gründlichkeit kommt den Betheiligten unbedingt zu; ohne daß sich dawider irgend ein erheblicher Grund denken ließe. Durch das richterliche Verhör unter Mitwirkung der Parteien wird auch erfahrungsmäßig im Ganzen Alles erreicht, was man zu verlangen berechtigt ist. Daß der Richter im Durchschnitt das Verhör besser und präciser zu leiten wissen wird, als Anwälte oder Privaten, läßt sich nicht wohl bezweifeln. Nur das Eine ist nothwendig, um keine Klage aufkommen zu lassen; daß nemlich der Richter unparteilich zu Werke geht. Wir kommen daher darauf zurück, daß dem Strafprozeß meistens die Gefahr eigen ist, den Richter und den Staatsanwalt in naher Verwandtschaft erblicken zu lassen. Dies ist am Civilprozeß anders. Von vornherein läßt sich hier voraussetzen, daß der fragende Richter die Interessen beider Parteien, oder vielmehr das Interesse der realen Wahrheit vertritt.

Es ist nur noch ein Punkt, auf den die Aufmerksamkeit, was das Verfahren betrifft, hingelenkt zu werden verdient. Dies ist die Beeidigung der Zeugen. Vormals war der Zeugeneid ein wesentliches Bedürfniß. Da die Parteien bei dem Zeugenverhör selbst nicht gegenwärtig sein durften, war der diesen auferlegte Eid, wo nicht die einzige, doch die hauptsächlichste Garantie, daß die Zeugen die Wahrheit sagen. Man darf daher die unendlichen Kautelen der Eidesformel, und die sorgsamen Vorschriften, daß die Beeidigung vorher, oder doch kurz nach dem Verhör stattfinden müsse u. s. w., wie sie sich bei den älteren Juristen finden, nicht unterschätzen. Der Zeugeneid wurde in der schriftlich gesetz-

lichen Beweislehre ein selbstständig neben der Aussage stehendes Moment.

Die natürliche Auffassung aber erblickt in dem Eid nur die Bestätigung und Bestärkung der Aussage. Wo die Parteien bei dem Verhör zugegen sind, vollends wo die freie Beweisprüfung herrscht, wird man billig erst fragen, ob denn die Beeidigung unbedingt nothwendig sei. Und dies ist nicht der Fall.

In vielen Fällen nimmt der Zeuge auch ohne Eid vollen Glauben in Anspruch, in vielen erlangt er auch durch den Eid keinen Beweiswerth. Man sollte daher nicht etwa blos von dem Antrag der Parteien es abhängen lassen, sondern geradezu dem Richter überlassen, ob er den Eid für nothwendig erachter, oder nicht. Der Richter ist es ja, um dessen Ueberzeugung es sich handelt; auf sein Bedürfniß kommt es allein an. Wer die traurigen Folgen eines unwählerischen Gebrauchs des Eides kennt, wer sich die oft schwadronweisen Beeidigungen von Civilzeugen vergegenwärtigt, wird die Ersparung und die auf vorgängige Prüfung gestützte Anwendung des Eides auch hier für keinen geringen Vortheil erachten dürfen.

Wo es aber einmal des Eides zu bedürfen scheint, kann die Berufung auf den Diensteid, welche erfahrungsmäßig nichts weniger, als dem neuzuleistenden Eidschwur gleichsteht, nicht den Eid ersetzen. Die Privilegien anderer Klassen gehören zu den politischen Vorrechten, welche hier nicht zu erörtern sind [42]).

IV. Mit allen andern Beweisregeln muß schließlich auch diejenige hier wegfallen, welche die Beweiswirkung des Zeugenbeweises von einer bestimmten Zahl abhängig macht. Die Zahl ist ein rein äußerlicher Bestimmungsgrund, welche dem inneren Werth gegenüber gar nicht, oder doch nur in untergeordneter Weise in Betracht zu ziehen ist. Ein gehörig beschaffener Zeuge kann zuverlässiger sein als eine Mehrzahl anderer, wenn diese auch gesetzlich als klassische erscheinen. Der Strafprozeß lehrt bereits praktisch, daß sich das Erforderniß der Doppelzahl ohne Schaden beseitigen läßt.

Die Ausnahme, welche freilich ihrerseits wieder nicht zur ab-

---

42) Bayer S. 804.

soluten Regel werden darf, daß ein Zeuge bezüglich dessen, was er amtlich wahrgenommen hat, genügt, erscheint alsdann nicht mehr als Ausnahme, sondern als Ausdruck der inneren Nothwendigkeit. Im Durchschnitt wird sich hier der volle Glauben so wenig versagen lassen, daß es Thorheit wäre, ein zweifaches Zeugniß zu verlangen, oder noch den Erfüllungseid ohne Noth aufzulegen. Es gab früher eine Menge künstlicher Unterscheidungen; bald konnte ein einzelner Zeuge genügen, bald mußte eine größere Mehrzahl von Zeugen vorhanden sein. Am wichtigsten unter den Resten derselben ist das Erforderniß des sogenannten überwiegenden Gegenbeweises gegen öffentliche Urkunden, zu dem in der Regel drei Zeugen verlangt werden. Auch diese Ansicht muß vor der Erkenntniß, daß die Zahl keineswegs eine unbedingte Garantie der Wahrheit leistet, um so mehr weichen, als die legale Beweiskraft der öffentlichen Urkunden selbst nichts weniger, denn gerechtfertigt erscheint. —

V. Wenn bisher nachzuweisen versucht wurde, daß es im Einzelnen, was die Feststellung und Beurtheilung der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses anlangt, keiner Beschränkungen der richterlichen Freiheit bedarf, so muß noch die Frage berührt werden, ob der Zeugenbeweis im Ganzen in der Weise beschränkt werden solle, daß er in gewissen Fällen auszuschließen sei. Diese Frage betrifft nicht mehr allein die Freiheit der richterlichen Erkenntniß, sondern die Freiheit des Rechtsverkehrs. Da die Sicherheit der Rechtsbeziehungen wesentlich auf der Anerkennung der Beweismittel ruht, so nöthigt das Verbot des Zeugenbeweises die Betheiligten stillschweigend, oder ausdrücklich zur schriftlichen Form der Verträge. Es ist dies bekanntlich die Tendenz des französischen, vielfach nachgeahmten, oder variirten Rechts.

Dieselbe beruht auf der Ansicht, daß der Zeugenbeweis unzuverlässig, der Urkundenbeweis sicherer sei. Die blose Bequemlichkeit, welche den leicht zu handhabenden Urkundenbeweis vor dem ersteren auszeichnet, würde doch allein wohl schwerlich zu der strengen Prohibitivmaßregel wider den Zeugenbeweis bei Geschäften von gewissem Werth geführt haben; so sehr wir auch gewohnt sind, das französische Rechtsprinzip in allwaltender Fürsorge das, was eigentlich nur Sache des Privatinteresses ist, dem Privat-

willen abnehmen und dem Zwang durch das Staatsgesetz überantworten zu sehen.

Wir haben zunächst zu betrachten, ob in der That der Urkundenbeweis einen Vorzug vor dem Zeugenbeweis verdient. Nur die gesetzliche Beweistheorie hat ein Recht zu fragen, ob ein Mehr- oder Minderwerth der Glaubwürdigkeit zwischen beiden besteht. Diese Frage ist eine sehr alte. Schon bei den Glossatoren und den ältesten Prozessualisten wird die Abwägung der Vorzüge der vox viva und vox mortua nicht leicht übergangen; nur daß der Gegensatz beider nicht zu einem allgemeinen Mißtrauensvotum gegen die Zeugen, sondern zu einer subtilen Unterscheidung einzelner Fälle führte, in denen bald das mündliche, bald das schriftliche Zeugniß mehr zu gelten schien[43].

Das römische Recht konnte so wenig wie über andere Punkte der Glaubwürdigkeit, über das Beweisverhältniß der Zeugen und Urkunden allgemeine gesetzliche Regeln aufstellen[44]. Beide standen sich darin gleich, daß sie stets nur eine konkrete Beweiskraft genossen. Bei diesem Verhältniß war eine gegenseitige Werthbestimmung überflüssig und unmöglich[45].

Von einem Vorzug des Urkundenbeweises konnte in dem **mündlichen** Verfahren, und da der Gebrauch der schriftlichen Form noch so wenig populär war, daß man lange Zeit hauptsächlich auf den Beweis durch Solennitätszeugen rechnen mußte, nicht die Rede sein. Ganz anders in dem schriftlichen Prozeß. Dieser führt dem erkennenden Richter überhaupt keine Zeugen, sondern Zeugenprotokolle vor. Da nun, wie keiner Darstellung bedarf, die schriftlich fixirte Zeugenaussage mit Recht von ihrem natürlichen Werth einbüßt, wie denn auch das römische Recht

43) Man vergl. beispielsweise Mascard. de prob. I. qu. 5. 6.

44) Puchta Inst. Bd. 2. S. 198.

45) Erst unter Justinian begann dies Abwägen und bezeichend genug das größte Schwanken, bald gelten ihm Zeugen, bald Urkunden mehr. L. 17 Cod. de fide instr. L. 18. Cod. de test. L. 19. 21. Cod. de fide instr. Nov. 73. c. 8. Nov. 90. — Daß frühere Gesetze z. B. L. 4. 5. Cod. de fide instr., indem der Richter, wo er Urkunden vermuthet, natürlich nach diesen uerst fragt, nicht hierher gehören, bedarf kaum der Erwähnung. Vergleiche L. 15 Cod. eod.

das testimonium in diesem Sinne weit unter die lebendige testatio setzt, so ist es begreiflich, daß die eigentliche Urkunde viel sicherer und wahrheitstüchtiger erscheinen muß, als der Zeugenbeweis. Die mit der Absicht oder dem Bewußtsein ihrer Beweiswirkung geschaffene Urkunde enthält ungleich prägnanter juridisch verbindliche Wahrheit, als das niemals unmittelbar das mündliche Zeugniß wiedergebende Zeugenprotokoll.

Die Urkunde repräsentirt die unmittelbare Erklärung des Ausstellers in selbstgewählter strikter Form. Dies anerkannt, erklärt sich leicht die Neigung, aus den Urkunden Alles zu machen. Da, wie ich an dieser Stelle nur andeuten kann, die legale Beweiswirkung stets nur eine rechtsverbindliche, obligationsartige ist, lag es nahe, diese Beweiswirkung zu einer dergestalt eminenten zu steigern, daß man sie geradezu nicht mehr Beweis-, sondern Obligationswirkung zu nennen pflegt. Auf diese Weise wurde in die Urkundenlehre die Theorie der dispositiven Urkunde eingeführt; die Idee eines Literalvertrags liegt nicht mehr fern. Je drastischer die Rechtswirkungen der Urkunden auftreten, desto mehr wird, da die Rechtswirkung die Beweiswirkung in sich schließt oder ersetzt, zugleich ein Zwang ausgeübt, sich der Urkundenform zu bedienen. Wer kann unter der Herrschaft der Legaltheorie den Effekt einer Willenserklärungsurkunde mit dem besten Zeugenbeweis vergleichen? Gewiß Niemand; der Grund steckt aber darin, daß die reine faktische Geltung für die Wahrheit bei keinem von beiden zur Frage kommt. Die legale Beweistheorie weiß nur von rechtlicher Wirkung; und da kann es kein Zweifel sein, daß die Urkunde in tausend Fällen schneller und sicherer wirkt, als das Zeugniß. Die Urkunde enthält ja leicht, was das Zeugniß erst darthun soll, schon an und für sich die Verkörperung des Rechtsgeschäfts.

Es erhellt, daß diejenigen, welche es für geboten halten, an der Kräftigung der schriftlichen Urkunde zu arbeiten, den Schuldschein und die Quittung, gleich dem Wechsel, als schriftliche Vertragsform angesehen wissen wollen, indirekt zugleich wieder den Zeugenbeweis anbieten. Immerhin ist jedoch von da noch ein weiter Zwischenraum bis zu jener französischen Ansicht.

Diese beruft sich zunächst, wie oben erwähnt, auf die Trüglichkeit des Zeugenbeweises. Sonderbar genug. Sollte denn wirk-

lich, wenn man auch nicht einmal thatsächliche Anhaltspunkte für das Gegentheil hätte[46]), anzunehmen sein, daß Zeugen bei Objekten über 150 Francs so leicht gefälscht werden, daß diese Beweisart geradezu verdächtig wird? Sollte denn eine Privaturkunde, — denn mit einer solchen bezeugt sich das französische Recht —, schwerer zu fälschen sein? Ist denn die Notariatsurkunde, wenn es denn auf diese ankommt, ein untrügliches Bollwerk gegen Unwahrheit, oder auch nur gegen Fälschung? Die Praxis der dortigen Gerichte wird diese Frage ebenso zu beantworten im Stande sein, wie die Praxis derjenigen Länder, welche von einem dem Zeugniß angeborenen, oder angedichteten Verdacht der Lüge noch Nichts wissen.

Wenn man eine unbefangene Vergleichung der Urkunden und Zeugen vornehmen will, so zeigt sich, daß allerdings die Urkunde das leichtere, stets parate Beweismittel ist. Die Urkunde ist der portative Beweis; sie entspricht, nachdem ihr Gebrauch durch die allgemeine Schreibkunde überall möglich geworden ist, der mobilen Natur des Verkehrs. Zeugen herbeizuschaffen bedingt in der Regel mehr Kosten und Zeitaufwand. Schon in dieser Bequemlichkeit findet die offenbar immer zunehmende Häufigkeit der Anwendung ihre Erklärung. Die Betheiligten wissen und sind in den bei Weitem meisten Fällen der Meinung, daß sie in der Urkunde den sicheren und schnellen Beweis ihres Rechtsverhältnisses herstellen[47]).

Allein dies berechtigt nicht, die schriftliche Urkunde für die alleinige oder die wesentliche Grundlage der Wahrheit zu erklären. An sich braucht, wenn die schriftliche Form für gewisse Verträge nothwendig vorgeschrieben ist, noch nicht gerade nothwendig der Beweis derselben durch die Urkunde geführt zu werden. Der in der Handhabung des Beweises freie Richter wird freilich, wo er weiß, daß eine Urkunde da sein mußte, zunächst nach dieser selbst fragen. Gleichwohl kann derselbe Beweis nur schwieriger und

---

46) Vergl. Mittermaier in der österreich. Gerichtszeitg. 1857. Nro. 99.

47) So selbst bei Schuldurkunden. Die juristische Idee, daß mit der Urkundeneinrichtung ein Obligationsakt vollzogen werde, ist, wie die tägliche Erfahrung lehrt bei Weitem nicht Allen klar.

weitläufiger, auch durch Zeugen, Geständniß, Eid oder dgl. dargethan werden. Selbst der Code civil erkennt in den nothgedrungenen Ausnahmsfällen, welche er doch zulassen muß, an, daß der Beweis jener die schriftliche Abfassung erheischenden Geschäfte durch Zeugen erbracht werden mag; und erkennt dadurch, daß er die Zeugen eventuell duldet, z. B. bei Verlust der Urkunde, an, daß das Mißtrauen auf diese Beweisart nicht so gegründet sein kann, als es zunächst behauptet wird.

Durch die Bestimmung, daß der Beweis jener Rechtsacte nicht durch Zeugen erbracht werden soll, übt das französische Recht erst den rechten Zwang zur Befolgung der schriftlichen Vertragsform aus. Das heißt aber, indem diese letztere allerdings, wie bereits bemerkt wurde, als eine Bequemlichkeit für die demnächstige Beweisführung erscheint, nichts Anderes, als die Wohlthat des sicheren Beweises dem Rechtsverkehr aufnöthigen. Wir finden also hier dieselbe zwangsweise Fürsorge und Leitung der Privatinteressen, welche das französische Gesetzgebungsprinzip überall begleitet. Das echte römische Recht, so oft verkannt, hätte das nie gethan. Die Schonung der individuellen Freiheit macht es in dieser Hinsicht zum Muster gerade auch für die germanische Rechtsentwicklung. Die Sucht, Wohlthaten durch gesetzlichen Zwang zu befehlen, sollte man an jeder Stelle bekämpfen. Auch in den juristischen Lehren des Privatrechts ist hinreichende Gelegenheit, den Grundsatz der Selbstleitung des Rechtsverkehrs zu achten und zu beschützen.

Der vernünftige Gesichtspunkt zeitgemäßer Rechtsanschauung kann doch nur der sein, daß das Gesetz im Privatrecht die brauchbarsten und sichersten Institutionen zwar zu schaffen oder anzuerkennen, nicht aber dem Einzelwillen aufzunöthigen hat. Das Gesetz mag daher die Urkundenform und den Beweis durch Urkunden sich füglich durch seine eigenen unleugbaren Vortheile empfehlen lassen. Der Einsichtige weiß, oder erfährt bald, worin der Werth der Schriftlichkeit besteht. Es kommt nur darauf an, diese Einsicht, die sich ohnehin von selbst gibt, allenfalls noch zu befördern; nicht aber durch das gesetzliche Gebot die eigene Einsicht zu ersparen. Nichts fordert die gesetzgebende Gewalt oder die Theorie auf, jene Form zur allein berechtigten zu erheben. Wer sich der-

selben, gleichviel aus welchen Gründen, nicht bedienen will, trägt selbst die Verantwortung. Es kann also nicht Sache des Staates sein, den Schutz der Privatinteressen so weit zu treiben, daß er die, wo es nöthig ist, durch den eigenen Vortheil hinlänglich sich empfehlende, sichere Form aufzwingen sollte.

Ein öffentliches Interesse aber, ein Titel, unter dem die abstrakte juristische Theorie so leicht sündigt, existirt gar nicht, oder nur in beschränktem Maaße zur Rechtfertigung des umfassenden Gebots der Schriftlichkeit. Es ist recht eigentlich Sache der Privaten, sich für das möglichst taugliche Beweismittel selber zu sorgen. Wo wegen des Vertragsgegenstandes, wie bei Grundeigenthum, das öffentliche Interesse mit in's Spiel gezogen wird, ist die Rücksicht, welche die gerichtliche Anzeige und um dieser willen folgeweise auch die schriftliche Form der Veräußerungen u. dgl. erheischt, eine ganz andere.

Der Werth des Vertragsgegenstandes aber ist unter allen Umständen ein rein zufälliges Kriterium für die angebliche Trüglichkeit des Zeugenbeweises. Muß man doch zugeben, daß bei Ansprüchen aus andern Rechtsgründen, als Vertrag, unbedenklich Zeugenbeweis geführt und für glaubhaft erachtet werden kann, ob wohl jene vermeintliche Klippe, eine die bestimmte Grenze übersteigende Werthsumme vorhanden ist.

Die freie Beweisprüfung muß Urkunden und Zeugen an sich für gleichberechtigt halten. Erst die konkrete Entscheidung der Auskunftsperson, oder Auskunftssache bezeichnet deren Beweiskraft. Eine Beschränkung des Zeugenbeweises nach französischem Prinzip ist bei diesem Verhältniß nicht im Mindesten nothwendig, selbst wenn, was bestritten werden muß, in der That die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises sich vielfach erprobte.

Um diese letztern herauszufinden, stehen nemlich der freien Prüfung nach mündlicher Verhandlung ganz andere Mittel zu Gebote, als der gesetzlichen Beweislehre. Die lebendige unmittelbare Anschauung der Person und die reine Mittheilung des mündlichen Zeugnisses versetzt den Richter in die Lage den innern Werth, und folglich auch Unwerth, des Zeugnisses vollkommen zu erkennen. Das ist da, wo dem urtheilenden Richter nur schriftliche Protokolle vorgelegt werden, nicht möglich.

Ohne den natürlichen Vorzug der schriftlichen Vertragsaufzeichnung zu leugnen[48]), wird jeder Praktiker leicht genug zahlreiche Fälle aufweisen können, welche umgekehrt bestätigen, daß mündliches Verhör des Urkundenausstellers ganz andere Ergebnisse geliefert hat, als das Vertrauen auf die Urkunde. Man erinnere sich nur an Taxationen, Bescheinigungen aller Art, um die Frage zu beantworten, ob die Urkundenform zuverlässiger die Wahrheit enthält, als das mündliche Zeugniß der Aussteller[49]).

Daß jederlei Urkunden, selbst gerichtliche Protokolle, nichts weniger als untrüglich sind, bedarf keiner Ausführung. Die tägliche Erfahrung lehrt, daß auch hier jedes Menschenwerk seine Schwächen hat. Diese Erfahrung muß daher gegen das unbegrenzte Zutrauen auf das schriftliche Dokument auftreten. Keine Gesetzgebung kann am Ende direkt verfügen, daß der Urkunde überhaupt oder in gewissen Punkten unbedingt Glauben zu schenken sei; wohl aber kann sie verordnen, daß die Urkunde, welche ein Rechtsgeschäft betrifft, so wie sie lautet, verbindlich sein soll. Allein wenn jede Urkunde trotz der schriftlichen Form der Unwahrheit ausgesetzt ist, so erhellt, daß dies auch bei jenen sogenannten dispositiven Urkunden der Fall sein wird. Man würde also sehr sicher verpflichtende Urkunden besitzen, bei denen aber die Gefahr der inneren Unwahrheit leider nicht ausgeschlossen bleibt. Der neuere Literalvertrag artet also, und umsomehr, als sein Verständniß noch weit entfernt ist, das Gemeingut des Publikums zu sein, leicht in materielle Unwahrheit, oder Ungerechtigkeit aus.

Dagegen gibt es nur ein Gegenmittel: die freie Prüfung der inneren Wahrheit. Unter dieser Voraussetzung hat auch der Literalvertrag die unmittelbar verpflichtende Urkunde, ihre reelle Berechtigung.

---

48) Dieser Vorzug macht sich wieder besonders im schriftlichen Verfahren geltend; die Urkunde kommt sehr leicht, selbst unter der Hand, zu den Akten; die Weitläufigkeiten der Produktionen u. s. w. sind im Vergleich zu dem schriftlichen Zeugenbeweis geringfügig. Auch insofern wird schon durch die Mündlichkeit ein plausibler Grund gegen die letztere beseitigt, der im schriftlichen Prozeß doch nie mehr, als einen mangelhaften Urkundenbeweis liefert.

49) Sehr oft erweist sich das Papier geduldiger als die mündliche Rede.

Die gesetzliche Beweistheorie hat, wie hier nicht des Näheren ausgeführt werden kann, in der Urkundenlehre so viel Schaden angerichtet, daß es bei der beschränkten Verwerthung der Urkunde als Beweismittel immerhin für einen Vortheil gelten mußte, durch die obligatorische Kraft, welche ihr beigelegt wird, sich über die schwankende und unzulängliche Beweismittelnatur zu erheben. Durch das Elend der Beweislehre wurde das Streben nach einem sicheren Literalvertrag, der quia ita scriptum est, gegen alle Welt gilt, angeregt. Allein eine so formale Vertragsart widerspricht der historischen Entwicklung der Vertragstheorie und ganz besonders dem neuen Rechtsbewußtsein, wenn sie mehr sein will, als ein dem Einzelwillen nur empfohlenes und durch reale Wahrheit getragenes Institut.

Die gesetzliche Theorie hatte das beste Recht, den Zeugenbeweis mit ungünstigen Augen zu betrachten. Die Beweisregeln und das schriftliche Verfahren heben den wahren Werth desselben auf und machen denselben thatsächlich zu einer untergeordneten und beschränkten Urkundengattung. Seinem eigenthümlichen Wesen ungeschmälert wieder gegeben, bedarf der Zeugenbeweis, der im Strafrecht über viel höhere Güter, als je im Civilprozeß entscheiden kann, keiner Beschränkung.

XII.

Ueber die rechtliche Bedeutung telegraphischer Mittheilungen, und die Anwendung der Grundsätze vom Urkundenbeweise auf dieselben in Rechtsstreitigkeiten.

Von

Mittermaier.

Die Fortschritte der Civilisation haben durch die Erfindung der Telegraphen das Geschäftsleben mit einem wichtigen Mittel der Erleichterung raschen Verkehrs und der Leichtigkeit der Mittheilung an weit entfernte Orte hin bereichert, und selbst in Bezug auf die Sicherheit der Erreichung des Zwecks, der Straf-